

EMPLEADO PUBLICO – Formas de vinculación con el estado / EMPLEO PUBLICO – Creación en la planta de personal, se asignen funciones y su emolumento este en el presupuesto / FORMAS DE VINCULACION CON EL ESTADO – Relación legal y reglamentaria, relación laboral contractual y relación contractual de carácter estatal

El empleo público existe una vez se cree en la planta de personal respectiva, se señalen sus específicas funciones y, cuando sus emolumentos se encuentran previstos en el respectivo presupuesto. La titularidad para ejercerlo se adquirirá sólo a partir de la posesión del mismo. (..) De esta manera, se puede inferir que la Constitución prevé tres formas de vinculación con el Estado a saber: (i) A través de una relación legal y reglamentaria, propia de los empleados públicos; (ii) mediante una relación contractual laboral, en la cual están los trabajadores oficiales y; (iii) por medio de una relación contractual de carácter estatal, configurada por los contratos de prestación de servicios

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 122 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 125

FUNCIONARIO DE HECHO – Estructuración / FUNCIONARIO DE HECHO – Configuración en el periodo de normalidad institucional / PARTICULAR QUE OSTENTE LA CALIDAD DE FUNCIONARIO DE HECHO – Requisitos

Es decir, que para que un particular ostente la calidad de funcionario de hecho deben concurrir los siguientes requisitos: (i) que exista el empleo dentro de la planta de personal de la entidad; (ii) que las funciones sean ejercidas irregularmente y; (iii) que además de ello las cumpla del mismo modo como lo haría un funcionario público. También puede predicarse la existencia del funcionario de hecho cuando la persona ejerza funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones. Cabe aclarar que cuando la Subsección señala que las funciones deben ser ejercidas de manera irregular, se refiere a que la persona que las cumple no se vinculó al servicio público con el lleno de los requisitos para que surja la vinculación legal y reglamentaria, esto es, no existe ni nombramiento o elección según el tipo de cargo, ni tampoco la posesión o tales requisitos, pese a que existieron, ya no están vigentes. Además de las tres clases de vinculación con el Estado que existen y que se enunciaron en el acápite primero de esta providencia, existe otro tipo de vinculación excepcional y anormal a la que se le ha denominado “*funcionario de hecho*”. Para que se dé esta última clase de vinculación es necesario acreditar entonces: (i) la existencia del cargo público; (ii) el ejercicio de las funciones de forma irregular (sin que medie nombramiento o elección según el caso, ni posesión o que estos ya no estén vigentes) y; (iii) que se ejercen las funciones en las mismas condiciones en las que lo haría un funcionario de planta de la entidad. Además puede predicarse la existencia del funcionario de hecho cuando la persona ejerza funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones.

FUNCIONARIO DE HECHO – Escolta conductor / CARGO ESCOLTA CONDUCTOR – No se demostró que existiera en la planta de personal /

FUNCIONARIO DE HECHO – No logro demostrar los requisitos para su configuración

Afirmó que ejerció las funciones propias del cargo denominado “*escolta conductor*”, Código 482, grado 08, nivel asistencial, descritas en la resolución núm. 0089 del año 2006, a través de la cual se adoptó el manual de funciones de la Gobernación del Departamento de Casanare. Al respecto, es menester precisar que dentro del expediente no se encontró copia de la resolución mencionada por el demandante que acredite que el cargo enunciado efectivamente existía en la planta de personal de la entidad. Tampoco evidenció que se hubiera solicitado tal documento como prueba en el escrito de la demanda. De esta manera, la Subsección no cuenta con elementos probatorios que le permitan inferir que dentro de la planta de personal de la Gobernación de Casanare para los años 2008 a 2011 existiera el cargo denominado “*conductor escolta*”, que afirma el accionante ocupó al servicio del Departamento. Por el contrario, la entidad demandada sí allegó certificación suscrita por el Director de Talento Humano de la Gobernación de Casanare que da cuenta de la inexistencia del cargo enunciado. En efecto, en la certificación se señaló que de conformidad con el Decreto núm. 0118 del 31 de julio de 2001, por medio del cual se suprime y establece la nueva planta de personal de la Administración Central del Departamento de Casanare, no existe ningún empleo denominado “*conductor escolta*” dentro de la planta global de personal de la Gobernación. En estos términos, no se encuentra demostrado que dentro de la planta de personal de la Gobernación existiera un cargo denominado “*conductor escolta Código 482, grado 08, nivel asistencial*”, requisito indispensable para que se configure la forma de vinculación anormal con la administración. El señor Luis Alberto Arias no logró acreditar la existencia del cargo de “*conductor escolta Código 482, grado 08, nivel asistencial*” dentro de la planta de personal de la Gobernación del Departamento de Casanare. (...) Finalmente, no puede predicarse que cumplió con las mismas funciones que los funcionarios de planta, puesto que se reitera no se demostró la existencia del cargo en la planta de personal de la entidad demandada e igualmente se probó que realizaba las funciones que de manera personal le asignaban el Gobernador y la familia de éste, sin que pueda decirse que eran las mismas que cumplía un funcionario de planta. No puede considerarse que el señor Luis Alberto Arias ostenta la calidad de “*funcionario de hecho*” porque no logró demostrar los requisitos que se exigen para que pueda considerarse de esta manera, a saber: (i) la existencia del cargo dentro de la planta de personal de la entidad; (ii) el ejercicio de funciones de forma irregular y; (iii) que cumplió las funciones en las mismas condiciones que un empleado de planta de la entidad.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., cinco (05) de mayo de dos mil dieciséis (2016). SE 044

Radicación número: 85001-23-31-000-2012-00032-02(2119-14)

Actor: LUIS ALBERTO ARIAS

Demandado: DEPARTAMENTO DE CASANARE

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho– Decreto 01 de 1984

La Subsección conoce del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 5 de marzo de 2014 por el Tribunal Administrativo de Casanare, que denegó las pretensiones de la demanda presentada por Luis Alberto Arias contra el Departamento de Casanare.

ANTECEDENTES

El señor Luis Alberto Arias, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó al Departamento de Casanare.

Pretensiones

- Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio núm. 100-0531 del 8 de noviembre de 2011 suscrito por la Gobernadora del Casanare, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales solicitadas.

2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se declare que entre el demandante y el Departamento de Casanare, existió una relación laboral, y en tal virtud se ordene su reintegro al cargo de escolta conductor, código 482, grado 8, nivel asistencial u otro de igual o superior categoría, sin solución de continuidad, e igualmente el pago de todas las prestaciones sociales, tales como: salario, cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones, viáticos, compensatorios, aportes a pensiones, horas extras, dominicales, festivos y las demás que resulten probadas dentro del proceso.

3. Se condene a la demandada al pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de sus cesantías.

4. Así mismo, se ordene el ajuste de las cantidades líquidas de dinero que resulten de la condena, la indexación, los intereses de mora y las costas procesales, conforme lo dispuesto por el artículo 177 del C.C.A.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

1. El demandante se desempeñó junto con otros compañeros¹, como escolta y conductor al servicio del Gobernador de Casanare, durante el período comprendido entre el 1º de enero de 2008 y el 31 de agosto de 2011, en virtud de acuerdo verbal realizado con el mismo gobernador, señor Oscar Raúl Iván Flórez.
2. El señor Luis Alberto Arias indicó que durante el tiempo servido mantuvo una relación de carácter laboral, pues se dieron los requisitos para ello como lo es el pago de salario, que acordó de forma personal con el gobernador, la subordinación, pues su labor estaba dirigida y coordinada por el mismo protegido y la prestación personal del servicio, sin solución de continuidad, toda vez que debía realizar las actividades propias de un empleado de la Gobernación del Casanare.
3. Afirmó que el Gobernador Oscar Raúl Iván Flórez, prometió incluirlo en la nómina del Departamento de Casanare, no obstante, nunca fue vinculado.
4. Señaló que no le han sido canceladas las prestaciones sociales derivadas de esa relación laboral, por cuanto el Departamento de Casanare le negó su reconocimiento a través del acto administrativo demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 2, 6, 13, 25, 53, 125 y 209 de la Constitución, las Leyes 6ª de 1945, 33 de 1985, 4ª de 1992 y 244 de 1995, así como los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1042 de 1978, 26 de 1998 y 660 de 2002. E igualmente los artículos 37, 40, 77, 78, 85 y 206 a 214 del Código Contencioso Administrativo.

Como concepto de violación expuso que el señor Oscar Raúl Iván Flórez, en su condición de Gobernador del Departamento de Casanare, contrató sus servicios de forma personal para que cumpliera las funciones de escolta y conductor para él y su familia, con la promesa de una vinculación directa con la gobernación.

¹ José Luis Gaitán Cuevas, Omar Augusto Cano Patiño, José Arley Méndez Peña y Jairo Humberto Acevedo Patiño.

Señaló que si bien su nombramiento fue hecho de forma irregular, cumplió las funciones propias de un escolta de la Gobernación de Casanare, esto es, la de brindar seguridad al Gobernador y a su familia durante el período comprendido entre el 1° de enero de 2008 y el 31 de agosto de 2011, razón por la cual adquirió la calidad de funcionario de hecho.

Citó al profesor Gastón Jeze para mencionar las tres categorías en las que puede ser ejercido un cargo público, esto es, el funcionario de derecho *“el cual goza de una investidura regular, porque su designación o elección se ha efectuado cumpliéndose con todos los requisitos que las leyes establecen”*, el funcionario de hecho *“que tiene una investidura, pero que esta es irregular y, además, aparentemente da la impresión de un funcionario legalmente designado”* y el usurpador que *“es el que carece de investidura o es tan burda la que tiene que no puede normalmente dar la impresión que da el funcionario de hecho”*.

Precisó que para proveer cualquier empleo público se requiere que el mismo esté contemplado en la respectiva planta y se tengan previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente, así mismo indicó que estará a cargo del presidente, los gobernadores y los alcaldes la facultad de crear, fusionar o suprimir los empleos que demande la administración central, departamental o municipal.

Indicó que existen cuatro casos en los que se puede consolidar la figura del funcionario de hecho, así:

1. Cuando sin nombramiento ni elección conocidos, un individuo desempeña un puesto público bajo tales circunstancias de reputación y aquiescencia que inducen al público a considerarlo como un funcionario legítimo,
2. Cuando la elección o el nombramiento ha existido y son válidos, pero el funcionario ha dejado de cumplir un requisito o condición legal,
3. Cuando ha habido elección o nombramiento pero el funcionario es inelegible, o falta la competencia del órgano que lo nombró o eligió o hubo irregularidad o defecto en el ejercicio de la competencia y esas circunstancias son desconocidas por el público, y
4. Cuando el nombramiento o elección se han hecho de acuerdo con un ley que más tarde es declarada inconstitucional.

Descrito lo anterior, afirmó que se encuentra incurso en las hipótesis contenidas en los numerales 1° y 3°, como quiera que era de público conocimiento su función

como escolta al servicio del Gobernador de Casanare dentro y fuera de la Gobernación de esa entidad territorial.

Por último, enfatizó en que la parte demandada violó la ley y la Constitución debido a que no le reconoció las prestaciones sociales y acreencias laborales a las que tenía derecho por haber prestado sus servicios de forma continua entre el 1º de enero de 2008 y el 31 de agosto de 2011 en el Despacho del Gobernador de Casanare.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

- Departamento de Casanare (f. 66 a 78)

La parte demandada se opuso a las pretensiones pues consideró que el actor no tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que reclama, ya que nunca existió entre ellos una relación laboral o vínculo contractual.

Indicó que el Decreto 2400 de 1968 en el artículo 2º definió el empleo como el conjunto de funciones, deberes y responsabilidades que han de ser observadas por una persona natural con el fin de satisfacer las necesidades de la administración. Así mismo señaló que dichos empleos se clasifican según su responsabilidad, funciones y requisitos, y que los mismos deben ser provistos a través de nombramientos ordinarios, en provisionalidad, en encargo, traslados o ascensos.

Coincidió con el actor, en el sentido de afirmar que en ocasiones pueden presentarse los denominados funcionarios de hecho, los cuales sin título o con uno irregular, ejercen funciones públicas como si fuesen verdaderos funcionarios. Sin embargo, advirtió que de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación para que se configure la existencia de una relación de hecho es necesario que el cargo esté creado de conformidad con las normas legales y la función sea ejercida irregularmente, pero, también puede darse cuando el empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones que permiten el ejercicio irregular de una investidura, por circunstancias de facto, no previstas en la ley, pero que, en todo caso debe ser objeto de protección en aplicación del principio constitucional de la prevalencia de la realidad frente a las formas.

Estimó que el presente asunto no se encuadra en la anterior hipótesis, por cuanto, revisado el Decreto núm. 0118 del 31 de julio de 2001, por el cual se establece la nueva planta de personal de la administración central del Departamento de Casanare, no se encuentra el cargo de escolta – conductor. Adicionalmente, precisó que las funciones desarrolladas por el actor no corresponden a funciones públicas como quiera que prestaba su servicio de escolta no sólo al Gobernador sino también a su familia.

Resaltó que lo que existió entre el Gobernador y el señor Luis Alberto Arias fue un contrato verbal que no trasciende a la órbita del Departamento de Casanare, máxime si se tiene en cuenta que el servicio de seguridad y protección que se le prestaba al señor Raúl Flórez como Gobernador, se hizo por intermedio del Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional. Por lo que no puede el actor pretender que la entidad territorial reconozca salarios y prestaciones sociales que se generaron en un acuerdo privado entre él y el Gobernador.

Finalmente, propuso como excepciones las siguientes: i) falta de legitimación en la causa por pasiva; ii) cobro de lo no debido; iii) inepta demanda por indebida escogencia de la acción; iv) enriquecimiento sin justa causa; v) prescripción de los derechos laborales; vi) inexistencia del funcionario de hecho y vii) falta de jurisdicción y competencia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Luis Alberto Arias (f. 134 a 136)

La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda e hizo énfasis en la declaración rendida por el Jefe de Seguridad, Teniente Andrés Chapal Sánchez, quien afirmó que el señor Luis Alberto Arias laboró como conductor del Gobernador de Casanare de la época. E igualmente lo expresado por los policías que hicieron parte del esquema de seguridad del Gobernador, esto es, el señor Gerardo Espinel Pinel, Lester Henry Suárez Santacruz y Rigoberto Duarte, quienes indicaron que el actor cumplió funciones de conductor del mencionado Gobernador.

-Departamento de Casanare (f. 137 a 142)

Ratificó los argumentos expuestos en la contestación e insistió en que el actor prestó los servicios de escolta de forma privada al Gobernador de la época, en virtud de un acuerdo verbal realizado entre ellos, el cual se desarrolló desde el año 2007 cuando el señor Raúl Flórez se encontraba en campaña y hasta el 31 de agosto de 2011 cuando fue suspendido de su cargo.

Consideró que con los testimonios recepcionados el 17 de julio de 2013, logró acreditarse que la seguridad integral del Gobernador de Casanare fue garantizada a través de policías activos, por lo que los escoltas contratados de forma personal por el Gobernador y las prestaciones que surgieran de dicha relación sólo obligan a éste último y no a la Gobernación.

Por último, reiteró lo relacionado con la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, en atención a que el actor debió demandar al ex gobernador y no a la Gobernación de Casanare.

Ministerio Público (f. 143 a 160)

Solicitó acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada por el señor Luis Alberto Arias contra el Departamento de Casanare pero sólo respecto del tiempo efectivamente laborado como escolta.

Señaló los principios contenidos en los artículos 53 y 54 de la Constitución Política, así como los elementos necesarios para que se consolide una relación laboral y el desarrollo jurisprudencial por parte del Consejo de Estado y la Corte Constitucional en cuanto al contrato realidad.

Concluyó que entre el ex gobernador y el señor Luis Alberto Arias existió un contrato realidad, que generó unos derechos prestacionales a favor de éste último, los cuales consideró deben ser asumidos por la Gobernación de Casanare, quien queda facultada para recuperar los valores a los que resulte condenada, a través de la acción de repetición contra el señor Oscar Raúl Iván Flórez y los demás funcionarios que en desarrollo de dicha acción sean hallados responsables.

Solicitó que previo a proferir el fallo de instancia se oficiara a la entidad demandada, con el fin de que remitiera certificación sobre el tiempo que laboró como Gobernador el señor Oscar Raúl Iván Flórez Chávez, con el fin de

establecer la indemnización que se pretende.

Por último peticionó compulsar copias a la Fiscalía, la Procuraduría y a la Contraloría para que se investiguen las graves conductas desplegadas por los funcionarios que afectan al Departamento de Casanare.

SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia proferida el 5 de marzo de 2014, el Tribunal Administrativo de Casanare declaró no probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva en cabeza del Departamento e inepta demanda por indebida escogencia de la acción y denegó las súplicas de la demanda.

Los fundamentos de dicha decisión, son los siguientes:

En primer término estimó que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es el mecanismo idóneo para acceder a la jurisdicción contenciosa en procura de la protección de los derechos laborales que considera el actor nacieron de la relación laboral entre él y la Gobernación de Casanare. Máxime cuando lo que aquí se demanda es un acto administrativo mediante el cual la parte pasiva de esta acción negó el pago de salarios y prestaciones sociales.

Frente a la falta de legitimación en la causa por pasiva, advirtió que existen dentro de esta figura dos conceptos perfectamente diferenciados, así: i) de hecho o procesal, que viene a ser la situación en la que se encuentra en un determinado momento una persona natural o jurídica, por el hecho de demandar, ser demandado y en general por el hecho de intervenir dentro de un proceso y ii) sustancial o material, que la tiene únicamente quien realizó u omitió los hechos que dieron lugar a la instauración de la demanda, y en general quien tiene derecho o quien debe responder por él.

Analizado lo anterior, sostuvo que la situación del actor se encuadra en la primera de las situaciones descritas, toda vez que presentó una reclamación al Departamento con el fin de obtener el pago de las prestaciones sociales y acreencias labores que consideró se derivaron de la relación existente entre ellos, la cual fue resuelta de forma negativa, por lo que no hay lugar a declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Previo a resolver el problema jurídico que plantea la demanda, precisó que conforme lo establecen los artículos 122 y 125 de la Constitución Política para proveer un cargo de carrera, en principio debe surtirse un concurso de méritos, superarlo, ingresar en periodo de prueba y sobrepasarlo para ser escalafonado en el respectivo cargo. Sin embargo, mientras este procedimiento se surte, las vacantes pueden ser provistas transitoriamente en encargo o en provisionalidad, pero siempre en aplicación de la normatividad que regula el cargo y los principios que rigen la función pública.

De igual forma indicó que para que una persona pueda desempeñar un empleo público y consecuentemente obtener los derechos que se derivan de su condición deben concurrir tres elementos, a saber: i) la existencia del empleo en la planta de personal de la entidad ii) la determinación de sus funciones y iii) la provisión de los recursos en el presupuesto para el pago de los gastos que demande el empleo.

No obstante lo anterior, existe una situación en donde los mencionados requisitos no se cumplen del todo, es decir, que puede una persona natural ejercer funciones públicas como si fuese un verdadero servidor público, pero sin serlo, lo que provoca que se configure el llamado funcionario de hecho.

De las pruebas documentales aportadas, los testimonios recaudados y el interrogatorio de parte, encontró que entre la entidad demandada y el actor no existió ninguna relación laboral, pues quedó demostrado que el servicio fue prestado exclusivamente al ex gobernador en virtud de un acuerdo entre éstos, de tal forma que las órdenes y el pago fueron asumidos por el mismo exgobernador, y en ocasiones por su esposa y por el asesor.

Por último, advirtió que si bien fueron aportados unos carnés con el logo de la gobernación, los mismos no son suficientes para consolidar los elementos de la relación laboral de hecho que afirmó tener con el Departamento de Casanare.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

Dentro de la oportunidad legal, el señor Luis Alberto Arias, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el que sustentó en lo siguiente:

Afirmó que cumplió las labores de “*conductor escolta*” al servicio del Gobernador del Casanare desde el 1º de enero de 2008 y el 31 de agosto de 2011.

Expresó que el nombramiento se hizo de manera irregular, lo que lo convierte en un funcionario de hecho. A su juicio se cumplieron los requisitos propios de este tipo de vinculación con el Estado en tanto que, no existe acto de nombramiento, se prestó el servicio de manera personal y conforme al manual de funciones existente en la Gobernación del Casanare.

Luego de referirse a las formalidades que se exigen para que se pueda hablar de una vinculación legal y reglamentaria con el Estado y los requisitos para ser considerado como funcionario de hecho, señaló que en su caso particular, además de lo anterior se cumplió con que: (a) desempeñó un puesto público sin que existiera nombramiento o elección y; (b) era inelegible o fue elegido sin competencia para ello.

Agregó que se conocía públicamente que él desempeñaba labores de seguridad a favor del Gobernador del Casanare, resaltando que incluso la misma entidad lo acepta pero lo interpreta como una vinculación privada y ajena a la misma.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no intervinieron en esta etapa procesal.

MINISTERIO PÚBLICO

Vencido el término legal no hizo manifestación alguna.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Teniendo en cuenta que el marco de competencia del superior, es el contenido en el recurso de apelación presentado, el problema jurídico que se debe resolver en esta instancia, se resume en la siguiente pregunta:

¿El señor Luis Alberto Arias adquirió la calidad de funcionario de hecho cuando se

desempeñó como “conductor escolta” del Gobernador del Departamento de Casanare durante el período comprendido entre el 1º de enero de 2008 y el 31 de agosto de 2011?

A efectos de resolver el problema jurídico, se abordarán los siguientes temas: (i) Formas de vinculación con el Estado; (ii) la figura del funcionario de hecho y; (iii) caso concreto.

1. Formas de vinculación con el Estado.

El artículo 122 de la Constitución Política dispuso:

“ARTÍCULO 122. *No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.
(...)”.*

Así el empleo público existe una vez se cree en la planta de personal respectiva, se señalen sus específicas funciones y, cuando sus emolumentos se encuentran previstos en el respectivo presupuesto. La titularidad para ejercerlo se adquirirá sólo a partir de la posesión del mismo.

Al respecto, esta Subsección mediante sentencia de 13 de febrero de 2014², manifestó:

“[...] Un empleado público es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo. Los elementos que deben concurrir para que se admita que una persona desempeña un empleo público y pueda obtener los derechos que de ellos se derivan, son, en principio, la existencia del empleo en la planta de personal de la entidad, la determinación de las funciones propias del cargo y la existencia de la provisión de los recursos en el presupuesto para el pago de la labor (artículo 122 de la C.P.).

Entonces, para que una persona natural desempeñe un empleo público se requiere que su ingreso se realice por medio de una designación válida, nombramiento o elección según el caso, seguida de la posesión para poder ejercer las funciones del empleo. Es decir que la persona nombrada y posesionada es la que se encuentra investida de las facultades, cumple con sus obligaciones y presta el servicio correspondiente [...]”.

² Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Número interno: 1943-12. Actor: Bertulio de Jesús Pavas Patiño, demandado: Municipio de la Ceja del Tambo - Antioquia

Ahora, el artículo 125 Constitucional determinó las formas en que procede la vinculación con la administración pública en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes (...”).

De esta manera, se puede inferir que la Constitución prevé tres formas de vinculación con el Estado a saber: (i) A través de una relación legal y reglamentaria, propia de los empleados públicos; (ii) mediante una relación contractual laboral, en la cual están los trabajadores oficiales y; (iii) por medio de una relación contractual de carácter estatal, configurada por los contratos de prestación de servicios³.

No obstante, puede existir una vinculación con el Estado excepcional y anormal que se ha denominado “*funcionario de hecho*”, a través de la cual una persona ocupa un cargo de la administración pública y cumple las funciones propias del mismo, empero su investidura es irregular, conforme pasa a exponerse.

1.1 Funcionario de Hecho

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado,⁴ que esta forma anormal de vinculación con el Estado puede estructurarse en dos momentos, a saber:

“[...] **a)** En los periodos de normalidad institucional pueden surgir funcionarios de hecho. Se da esta situación cuando media título que habilita para el ejercicio de la función pública pero por causas anteriores o supervivientes resulta inválido o deja de surtir efectos. Esto ocurre en hipótesis muy variadas: designación de una persona que no reunía las condiciones legales exigidas, por lo cual más tarde es revocada; funcionario que posteriormente a su designación se inhabilita para el ejercicio del cargo y que, no obstante, continúa ejerciéndolo, o que permanece en funciones luego de vencido el término de su mandato, etc.

³ Ibidem.

⁴ Sentencia del 15 de mayo de 2013. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Número interno 1363-2012. Actor: Hurtado de Jesús Monsalve Martínez. Demandado: METROSALUD E.S.E

b) En épocas de anormalidad institucional, producida por guerras, revoluciones, grandes calamidades, etc., (...) es frecuente que asuman el ejercicio de funciones públicas quienes no tienen título legal alguno. A veces son personas de buena voluntad que, frente a la desaparición de las autoridades constituidas, toman a su cargo ciertas funciones públicas [...]"

Ahora bien, para que la figura del funcionario de hecho se configure en el período de normalidad institucional, es necesario que se cumplan ciertos requisitos, tal como lo manifestó esta Corporación en sentencia del 9 de junio de 2011⁵, así:

"[...] En consecuencia los requisitos esenciales para que se configure el funcionario de hecho en los períodos de normalidad institucional son, que exista de jure el cargo, que la función ejercida irregularmente, se haga en la misma forma y apariencia como la hubiera desempeñado una persona designada regularmente.

[...]

En conclusión, para que se configure la existencia de una relación de hecho es necesario que el cargo esté creado de conformidad con las normas legales y la función sea ejercida irregularmente, pero, también puede darse cuando un empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones que permiten el ejercicio irregular de una investidura, por circunstancias de facto, no previstas en la ley, pero que, en todo caso, debe ser objeto de protección a través del principio de la realidad frente a las formas previsto en el artículo 53 Constitucional. Además, de que el cargo debió haberse ejercido en la misma forma y apariencia como si lo hubiese desempeñado un empleado designado regularmente [...]"⁶ (Se subraya)

Es decir, que para que un particular ostente la calidad de funcionario de hecho deben concurrir los siguientes requisitos: (i) que exista el empleo dentro de la planta de personal de la entidad; (ii) que las funciones sean ejercidas irregularmente y; (iii) que además de ello las cumpla del mismo modo como lo haría un funcionario público.

También puede predicarse la existencia del funcionario de hecho cuando la persona ejerza funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones⁷.

⁵ Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Número interno: 1457 de 2008. Actor: Ruth Dorys Rodríguez Naranjo. Demandado: Municipio de Támara - Casanare.

⁶ Sentencia de junio 9 de 2011, Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, Radicación número: 85001-23-31-000-2005-00571-01(1457-08).

Véase también la sentencia del 15 de mayo de 2013, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, número interno: 1363-12. Actor: Hurtado de Jesús Monsalve Martínez.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sub Sección A. Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014).

Cabe aclarar que cuando la Subsección señala que las funciones deben ser ejercidas de manera irregular, se refiere a que la persona que las cumple no se vinculó al servicio público con el lleno de los requisitos para que surja la vinculación legal y reglamentaria, esto es, no existe ni nombramiento o elección según el tipo de cargo, ni tampoco la posesión o tales requisitos, pese a que existieron, ya no están vigentes.

En conclusión

Además de las tres clases de vinculación con el Estado que existen y que se enunciaron en el acápite primero de esta providencia, existe otro tipo de vinculación excepcional y anormal a la que se le ha denominado “*funcionario de hecho*”.

Para que se dé esta última clase de vinculación es necesario acreditar entonces: (i) la existencia del cargo público; (ii) el ejercicio de las funciones de forma irregular (sin que medie nombramiento o elección según el caso, ni posesión o que estos ya no estén vigentes) y; (iii) que se ejercen las funciones en las mismas condiciones en las que lo haría un funcionario de planta de la entidad.

Además puede predicarse la existencia del funcionario de hecho cuando la persona ejerza funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones.

2. Caso concreto.

La parte demandante sostiene que en su caso se configuró la existencia de un funcionario de hecho cuando se desempeñó como “*conductor escolta*” al servicio del Gobernador del Casanare desde el 1º de enero de 2008 y hasta el 31 de agosto de 2011.

Ello lo sustenta al decir que: (i) el nombramiento se hizo de manera irregular, no existe nombramiento o elección; (ii) prestó el servicio de manera personal y conforme al manual de funciones existente en la Gobernación del Casanare y (iii)

se conocía públicamente que él desempeñaba labores de seguridad a favor del Gobernador del Casanare e incluso, la misma entidad lo acepta pero lo interpreta como una vinculación privada y ajena a la misma.

Pues bien, pasará la Subsección a determinar si en el *sub examine* se cumplieron los requisitos exigidos jurisprudencialmente para que se declare la existencia de un funcionario de hecho.

a) Existencia del cargo.

En el presente asunto el actor afirmó que celebró con el ex gobernador del Departamento de Casanare un contrato verbal con el objeto de cumplir funciones de protección para él y su familia de forma ininterrumpida durante el período comprendido entre el 1º de enero de 2008 y el 31 de agosto de 2011.

Afirmó que ejerció las funciones propias del cargo denominado “*escolta conductor*”, Código 482, grado 08, nivel asistencial, descritas en la resolución núm. 0089 del año 2006, a través de la cual se adoptó el manual de funciones de la Gobernación del Departamento de Casanare.

Al respecto, es menester precisar que dentro del expediente no se encontró copia de la resolución mencionada por el demandante que acredite que el cargo enunciado efectivamente existía en la planta de personal de la entidad. Tampoco evidenció que se hubiera solicitado tal documento como prueba en el escrito de la demanda (fls. 21 y 22).

De esta manera, la Subsección no cuenta con elementos probatorios que le permitan inferir que dentro de la planta de personal de la Gobernación de Casanare para los años 2008 a 2011 existiera el cargo denominado “*conductor escolta*”, que afirma el accionante ocupó al servicio del Departamento.

Por el contrario, la entidad demandada sí allegó certificación suscrita por el Director de Talento Humano de la Gobernación de Casanare que da cuenta de la inexistencia del cargo enunciado. En efecto, en la certificación se señaló que de conformidad con el Decreto núm. 0118 del 31 de julio de 2001, por medio del cual se suprime y establece la nueva planta de personal de la Administración Central del Departamento de Casanare, no existe ningún empleo denominado “*conductor*”

escolta” dentro de la planta global de personal de la Gobernación (f. 86).

En estos términos, no se encuentra demostrado que dentro de la planta de personal de la Gobernación existiera un cargo denominado “*conductor escolta Código 482, grado 08, nivel asistencial*”, requisito indispensable para que se configure la forma de vinculación anormal con la administración.

En conclusión

El señor Luis Alberto Arias no logró acreditar la existencia del cargo de “*conductor escolta Código 482, grado 08, nivel asistencial*” dentro de la planta de personal de la Gobernación del Departamento de Casanare.

b) Ejercicio de las funciones de forma irregular.

El mismo demandante afirmó que el Gobernador del Casanare para los años 2008 a 2011 lo contrató de manera verbal para que ocupara el cargo de conductor (fl. 10, C.1).

De lo anterior, en principio podría inferirse que el señor Luis Alberto Arias ocupó el cargo de “conductor escolta” sin que mediara nombramiento ni posesión y que en consecuencia, sí comenzó a ejercer unas funciones de manera irregular.

No obstante, tal conclusión no resulta acertada porque para que pueda considerarse así, era necesario tener la certeza de la existencia del cargo, lo que no se demostró en el *sub examine*. En efecto, la no acreditación de ello, acarrea como consecuencia lógica, la no demostración de la existencia de las funciones debidamente reglamentadas que el actor asegura cumplió para la entidad demandada.

Ahora, si bien el señor Luis Alberto Arias sí se desempeñó como conductor del entonces gobernador de Casanare, para la Subsección su servicio se prestó a un particular y no a la administración.

De ello da cuenta, en primer lugar, lo informado por la Policía Nacional mediante oficio núm. S-2013-015239/ DECAS-GUPRO 29 del 6 de junio de 2013 (f. 3, Cuaderno de pruebas), suscrito por el Jefe Seccional de Protección y Servicios

Especiales, en el cual explica que la seguridad del ex gobernador de Casanare le correspondía exclusivamente a la Policía Nacional, así:

“[...] por parte del Grupo de Protección a Personas e Instalaciones del Departamento de Policía Casanare, le fue asignado un esquema de seguridad al señor OSCAR RAUL IVAN FLOREZ CHAVEZ Ex gobernador de Casanare desde el día 01 de Enero de 2008 hasta el día 30 de agosto de 2011, fecha en la cual le fueron suspendidas las medidas de protección según lo dispuesto por el “CENIR” Comité de Evaluación de Nivel Riesgo, donde le fue ponderado su nivel de riesgo en ORDINARIO (...) el esquema de seguridad asignado por la Policía Nacional para la fecha ya mencionada, se encontraba integrado por 01 Oficial, 03 Suboficiales del Nivel Ejecutivo, 04 Patrullero y 01 Agente, quienes conformaban el ańillo principal del Ex Mandatario.

De igual forma contaba con 06 Patrulleros y 03 agentes quienes eran los encargados de la seguridad de la residencia, así mismo me permito informar a ese despacho que la seguridad del personaje en mención siempre estuvo liderada por parte de la Policía Nacional de Colombia y bajo la supervisión del Grupo de Protección a Personas e Instalaciones del Departamento de Policía de Casanare [...]” (Se subraya).

Adicionalmente, se informó por parte de la entidad el número y el nombre de las personas que hacían parte de dicho esquema de seguridad, lista dentro de la cual no se encuentra el señor Luis Alberto Arias (f. 8)⁸.

De otro lado, el demandante no acreditó que la remuneración que percibió por sus servicios como conductor proviniera de los recursos del Departamento de Casanare. Es más, ante la falta de prueba de la existencia del cargo es fácil inferir que dentro del presupuesto de la entidad no se fijó rubro para cubrir el pago de los salarios y prestaciones sociales de quien ocupara el cargo de “conductor escolta”.

Sobre este punto, es importante resaltar que incluso en el interrogatorio de parte rendido por el señor Luis Alberto Arias el 16 de julio de 2013, éste afirmó que quien le pagaba la remuneración por la labor realizada era directamente el ex gobernador y en ocasiones su esposa, Sandra Rodríguez. Al respecto, manifestó: (f. 50 a 51, C.2)

“[...] PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si mensualmente usted percibió algún salario por desempeñarse como escolta al servicio de óscar Iván Flórez Chávez. **CONTESTÓ:** El Ingeniero cunado (sic) ganó nos reunió y nos prometió pagar \$2.500.000 (...) Pero finalmente nos

⁸ A folio 8 del cuaderno de pruebas obra oficio núm. S-2013-016623-DECAS-GUTAH 29.11 del 22 de junio de 2013, suscrito por el Jefe del Área de Talento Humano, Subintendente Diego Alejandro Rendón Sánchez, del Departamento de Policía de Casanare.

pagaron \$1.200.000 porque en ese tiempo el gobernador ya venía con problemas de suspensiones y muchos compromisos por eso no pagó ese sueldo, inclusive nos prometió meternos directamente con la Gobernación por medio de orden de prestación de servicios pero nunca cumplió ese compromiso (...). **PREGUNTADO:** Manifieste con quien pactó las condiciones de trabajo como horario, salario y demás. **CONTESTÓ:** Con el señor gobernador. **PREGUNTADO:** Expresé quién le pagaba el salario, dónde y cuándo. **CONTESTÓ:** Nos lo cancelaba el ingeniero o la doctora Sandra Rodríguez esposa del ingeniero y a veces el señor Carlos Mariño (QDEP) nos lo pagaba personalmente (...). **PREGUNTADO:** Manifieste si en los lapsos que fue suspendido el señor Raúl Flores (sic) de su cargo de gobernador usted le prestó el servicio de conductor escolta al gobernador encargado. **CONTESTÓ:** No yo estaba disponible era para la familia de Oscar Raúl Flórez, llevar el niño a estudiar (...)" (Subraya la Subsección)

De lo declarado por el mismo accionante se puede concluir sin dubitación alguna que percibía el salario directamente del Gobernador, de su cónyuge o de un tercero (Carlos Mariño). Pero en modo alguno se puede deducir que su salario era pagado con presupuesto de la Gobernación de Casanare.

Así las cosas, al no demostrarse dentro del proceso la existencia del cargo en la planta de personal de la entidad, las funciones propias de un conductor escolta y que la demandada pagaba el salario al actor con dinero de su presupuesto, la Subsección concluye que el señor Luis Alberto Arias prestaba directamente sus servicios al Gobernador de Casanare y a su familia, y no al Departamento de Casanare.

Mírese que incluso el mismo demandante acepta que cuando estaba un gobernador encargado, él no continuaba en cumplimiento de sus funciones, pues asegura, estaba al servicio del señor Oscar Raúl Flórez y de su familia.

Los testimonios recepcionados dentro del proceso tampoco otorgan claridad sobre la forma de vinculación del demandante. En su mayoría se limitan a indicar que el mismo cumplía labores de conductor al servicio del Gobernador y de su cónyuge, y que recibía las órdenes de estos, pero ninguno precisa quién le pagaba su salario y si estaba o no vinculado con el Departamento de Casanare⁹.

En conclusión

No se demostró que el demandante de manera irregular cumplió las funciones

⁹ Testimonios rendidos por Andrés Chapal Sánchez, Gerardo Espinel Pinto, Lester Henry Suárez Santacruz y Rigoberto Duarte Medina (f. 54 a 61, cuad. 2).

propias de un cargo de planta del Departamento de Casanare.

c) El ejercicio de las funciones en las mismas condiciones en las que lo hace el funcionario de planta de la entidad.

Finalmente, no puede predicarse que cumplió con las mismas funciones que los funcionarios de planta, puesto que se reitera no se demostró la existencia del cargo en la planta de personal de la entidad demandada e igualmente se probó que realizaba las funciones que de manera personal le asignaban el Gobernador y la familia de éste, sin que pueda decirse que eran las mismas que cumplía un funcionario de planta.

Conclusión general

No puede considerarse que el señor Luis Alberto Arias ostenta la calidad de “*funcionario de hecho*” porque no logró demostrar los requisitos que se exigen para que pueda considerarse de esta manera, a saber: (i) la existencia del cargo dentro de la planta de personal de la entidad; (ii) el ejercicio de funciones de forma irregular y; (iii) que cumplió las funciones en las mismas condiciones que un empleado de planta de la entidad.

Decisión de segunda instancia.

Por lo expuesto la Subsección considera que se impone confirmar la sentencia de primera instancia, proferida el 5 de marzo de 2014 por el Tribunal Administrativo de Casanare.

Reconocimiento de personería

Se reconoce personería a la doctora Diana Lizt López Salcedo, identificada con c.c. núm. 47.426.851 de Trinidad – Casanare y T.P. núm. 157350 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada del Departamento de Casanare en los términos y para los efectos del poder conferido, el cual obra a folio 175 del expediente.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección “A” administrando justicia en nombre

de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia del 5 de marzo de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Luis Alberto Arias contra el Departamento de Casanare.

Segundo: Reconocer personería a la doctora Diana Lizt López Salcedo, identificada con c.c. núm. 47.426.851 de Trinidad – Casanare y T.P. núm. 157350 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada del Departamento de Casanare en los términos y para los efectos del poder conferido, el cual obra a folio 175 del expediente.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO